

O PROCESSO PENAL E O DOGMA DA VERDADE REAL

Ederson Nadir Pires Dornelles¹

RESUMO: O presente artigo busca apresentar e fomentar algumas questões pertinentes ao conhecido princípio da “verdade real” e a sua aplicação dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista que a Constituição Brasileira atual apresenta características claramente acusatórias, o Processo Penal brasileiro traz em seu Código artigos com características inquisitivas. Além disso, o dogma da “verdade real”, ainda nos dias atuais, é utilizado como parâmetro legal por muitos julgadores para fundamentar decisões e procedimentos adotados. Medidas são tomadas sob a proteção desse dogma, a fim de se chegar a uma “verdade” no processo, verdade essa inalcançável. Assim, verifica-se, a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, de que existe uma inconstitucionalidade em alguns artigos do Código de Processo Penal brasileiro, visto estar em desacordo com o que a Constituição apresenta, bem como, a busca pela “verdade real” abre inúmeros caminhos subjetivos ao julgador permeados pela presença do *inquisitio*.

Palavras-chave: Sistemas Informadores; Verdade Real; Constituição Federal brasileira; Princípios Garantistas; Código de Processo Penal.

ABSTRACT: The present paper aims to introduce and promote some questions related to the “real truth” principle and its applicability in the Brazilian legislation. On one hand, the Brazilian Federal Constitution presents accusatory characteristics, and on the other, the Brazilian Criminal Procedure brings in its Code articles with inquisitive characteristics. Also, the “real truth” dogma, in the present days, is used as a legal parameter by many judges in order to sustain their decisions and adopted procedures. So, measures have been taken to protect this dogma and to achieve the unreachable “truth” in the procedure. Thus, it is verified, through the hypothetical-deductive method of approach, there is an unconstitutionality in some articles in the Brazilian Criminal Procedure Code due to it is contrary to the Federal Constitution, as well as the “real truth” goal may open space to the judge’s subjectivity characterized by the *inquisitio* presence.

Key-words: Informational Systems - Real Truth - Brazilian Federal Constitution - Principles of Guarantees - Criminal Procedure Code.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2013) e Mestrado em Direito pela Universidade Regional Integrada (URI) Santo Ângelo (2016). Integrante do quadro da Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul (SUSEPE). Pesquisador integrante do grupo de pesquisa DIREITOS DE MINORIAS, MOVIMENTOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS, do(a) Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discutirá sobre a dogmática da “verdade real” e a sua utilização no Processo Penal brasileiro, e de como esse dogma tem sido aceito pela doutrina ainda nos dias atuais, vindo a influenciar em diversas decisões e em todos os graus de jurisdição da justiça brasileira. Além de discorrer sobre o que vem a ser a “verdade real”, discutirá, também, como este princípio é recepcionado no Código de Processo Penal brasileiro. O artigo demonstrará a forma inadequada, equivocada e já ultrapassada da utilização do tema no ordenamento jurídico nacional, bem como os problemas existentes quanto a sua adoção e a sua incompatibilidade com o sistema acusatório.

Primeiramente será abordada a questão relacionada quanto aos sistemas informadores existentes, esclarecendo as características de cada sistema, bem como o seu funcionamento e a forma adotada no procedimento processual penal, fazendo um breve comparativo entre eles, a fim de esclarecer as suas particularidades e diferenças existentes. Também abordará quanto ao sistema adotado pela Constituição Federal brasileira de 1998 e se esse tem sido seguido pelas legislações infraconstitucionais relacionadas atualmente ao Direito Processual Penal.

Em seguida, tratará a respeito do dogmático princípio da “verdade real” e a atividade reconstrutiva do juiz, discorrendo acerca da forma com que o juiz acaba por buscar essa “verdade”, inevitavelmente tendo o subjetivismo por influenciar nesse processo de reconstrução. Ainda, aprimora-se o debate sobre a “verdade real” no processo penal, expondo a forma ultrapassada com que este princípio é visto, e o verdadeiro dogma que essa crença se tornou. Discorre-se a respeito do “dogma da verdade real” e o seu confronto com o sistema acusatório, além da sua relação com práticas inquisitivas, tendo em vista que a Constituição Federal brasileira de 1988 estipula em seu texto, mesmo que não de forma expressa, o sistema acusatório. Estabelece, ainda, uma discussão a respeito da verdade processual afirmada pelos princípios constitucionais garantistas, e uma abordagem sobre a impossibilidade do juiz de participar ativamente produzindo provas de ofício dentro do Processo Penal,

impossibilidade essa que é uma das características do sistema acusatório, assim, definido pela atual Constituição Federal brasileira.

1 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SEUS SISTEMAS INFORMADORES

O Processo Penal é um instrumento da jurisdição, em que o objetivo principal a ser alcançado é o de realizar a justiça, objetivando, com isso, a busca da “verdade” dos fatos, quando transferidos ao procedimento processual. Sendo assim, esse processo é a forma existente do estado realizar a sua jurisdição, quando presentes o ilícito penal, e a pretensão punitiva deste estado (VASCONCELOS, 1992, p. 5).

O conflito existente entre o Estado e a pessoa acusada de praticar algum crime não pode ser dirimido pela autodefesa, e nem tão pouco pela autocomposição. No Estado Moderno, a solução de conflitos e interesses principalmente no campo penal, se exerce com a atuação do Estado por meio do processo (MIRABETE, 1998, p. 28). Esse pode contar com possibilidades distintas para o seu desenrolar, dispondo de sistemas informadores diferenciados e com características próprias, que acabam por definir o seu funcionamento e os procedimentos a serem adotados. Três são esses sistemas informadores, o inquisitivo, o acusatório e o Misto.

Os processos Penais na Roma antiga se distinguiam pelas “*delictas publicas*” e pelas “*delictas privadas*”, ou seja: os delitos públicos e os privados. Nos delitos privados, o Estado tinha o papel de mero árbitro, não expondo o seu poder repressor e inquisitivo, já nos delitos mais graves (*delictas publicas*), que ameaçavam a segurança da própria comunidade, entrava em ação a repressão, que, em nome do Estado Romano, garantia ao magistrado da época, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades (GONZAGA, 1994, p. 80).

Com o passar do tempo, tendo como objetivo que os infratores não ficassem impunes, surgiu, num primeiro momento de forma subsidiária, o sistema inquisitivo, que aos poucos passou a se tornar o procedimento principal, vindo a ser adotado no procedimento penal e acabando por dominar quase toda a Europa Ocidental por quase um milênio (GONZAGA, 1994, p. 82).

O sistema inquisitivo foi adotado em boa parte da Idade Média, pois nessa época existia a necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e, assim, delimitar os poderes ao Estado Soberano. Durante boa parte da Idade Média, a Igreja Católica passou a dominar o poder ao lado do Estado e com isso influenciou barbáries sob o manto do sistema inquisitivo. A Igreja era um poder que acabou crescendo e tomando proporções grandiosas, justamente por estar presente onde o Estado se ausentava, passando a ser, com o passar do tempo, um poder em nome desse Estado (BRANDÃO, 1987, p. 65).

O sistema inquisitivo, estabelecido pelo Direito Canônico, foi predominante durante boa parte da Idade Média. Somente com o surgimento do iluminismo, a partir dos séculos XVII e XVIII, começou a diminuir a influência inquisitiva no processo penal, tendo como princípios as ideias humanistas, filosóficas e sociais que surgiam na época (GONZAGA, 1994, p. 64).

No sistema inquisitivo, a investigação unilateral da verdade dos fatos acaba se colocando à frente de tudo, e ao juiz é atribuída a função de formular a acusação e, ao mesmo tempo, requerer as provas. Dessa maneira, acaba por caracterizar uma relação processual de forma “linear” entre quem julga (o juiz) e quem é o acusado (o réu).

A seu turno, o sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, primeiramente com base na acusação privada e posteriormente evoluindo para uma acusação oficial. Neste procedimento existe o verdadeiro processo de partes, havendo de um lado a acusação e no outro polo a participação da defesa. O julgador mantém sempre a posição passiva e imparcial, assegurando às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa, tendo, ainda, o processo a forma oral e pública, e como consequência o julgamento ao final. Uma das características que merecem destaque dentro do sistema acusatório é que ninguém pode ser levado a juízo sem que haja uma acusação pré-existente, “*nemo in iudicium tradetur sine accusatione*” (LOPES JR, 2009, p. 123).

Em consonância com Aury Lopes Jr,

Característica marcante no sistema acusatório é a separação das funções processuais, onde cada sujeito processual dispõe de apenas uma função dentro do processo, ou seja: ao acusador atribui-se a função de acusar, ao defensor a tarefa de defender o acusado, e ao juiz cabe claramente somente a função de julgar (LOPES JR, 2009, p. 123).

Em razão disso, ocorre a preservação, por parte do julgador, da isenção e também da imparcialidade, se mostrando inadmissível que esse juiz acabe tomando a iniciativa da ação penal. Proíbe-se também a tomada de decisões por parte do juiz na fase investigatória, bem como a produção de provas *ex officio*, devendo o julgador tomar uma posição de inércia e passividade, se abstendo de interferir no andamento processual, deixando para as partes o trabalho probatório e as alegações, a fim de obter a condenação ou a absolvição do réu (LOPES JR, 2009, p. 125).

Lênio Streck afirma, com relação ao sistema acusatório, que ele é o modo pelo qual a aplicação igualitária do Direito Penal penetra no Direito Processual Penal. Segundo Streck, o sistema acusatório é a porta da democracia, garantindo que não exista um “dono da prova”, dessa forma fazendo com que o estado cuide de modo igualitário da aplicação da lei (STRECK, 2010, p. 15).

No fundo, é possível dizer que o sistema acusatório é a recepção do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: o giro linguístico antológico pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito, e sim pela intersubjetividade que ocorre na linguagem. Sendo mais simples: trata-se do fenômeno da invasão da filosofia pela linguagem. Em outras palavras: o sistema acusatório somente assume relevância paradigmática nesse contexto. Se nele colocarmos o “livre convencimento”, retornaremos ao inquisitorialismo (STRECK, 2010, p. 15).

Com a evolução histórica, tem-se a demonstração de que, dentre os sistemas processuais conhecidos, o que claramente atende melhor aos anseios da sociedade, com respeito aos direitos e garantias individuais, é com certeza o sistema acusatório, que tem evoluído com fortes tendências de assegurar os direitos e garantias individuais a cada cidadão.

Por sua vez, o sistema processual misto foi idealizado em suas primeiras regras com as reformas da ordenação criminal de Luiz XIX no ano de 1670, mas de forma marcante passou a ter relevância efetiva após a Revolução Francesa, espalhando-se

consequentemente por toda a Europa e América Latina. Esse sistema resultou da necessidade de acabar com a Inquisição e os seus consequentes abusos, sendo constituído com a junção entre regras admissíveis do sistema inquisitivo e os princípios do processo acusatório (MARQUES, 1997, p. 112).

Conforme José Frederico Marques, em relação ao sistema misto, o processo deve ser suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos e bastante complacente para impedir a perseguição e condenação dos inocentes (MARQUES, 1997, p. 124).

A primeira fase é a da investigação preliminar. Tem nítido caráter inquisitório, em que o procedimento é presidido pelo juiz, colhendo provas, indícios e demais informações, para que possa, posteriormente, embasar sua acusação ao Juízo competente. Obedecem as características do sistema inquisitivo, em que o juiz é, portanto, o gestor das provas. A segunda fase é a judicial, ou processual propriamente dita. Aqui, existe a figura do acusador (MP, particular), diverso do julgador (somente o juiz). Trata-se de uma falsa segunda fase, posto que, embora haja as demais características de um sistema acusatório, o princípio unificador (ideia fundante) ainda reside no juiz como gestor da prova (MARQUES, 1997, p. 126).

O processo informado no sistema misto transcorre em três fases: a investigação preliminar, a instrução preparatória e a fase do julgamento. Nesse processo, somente a investigação preliminar e a instrução preparatória é que permanecem secretas e não contraditórias; já no julgamento, o processo se desenvolve de forma oral e com observância à publicidade dos atos processuais, ficando as funções de acusar, defender e julgar em mãos de pessoas distintas. Esse sistema dispõe de uma instrução inquisitiva, e posteriormente passa pelo juízo contraditório (MARQUES, 1997, p. 98).

Importante esclarecer que, no sistema jurídico brasileiro, não se considera o inquérito policial como fase do processo penal. Esse inquérito é considerado um procedimento meramente administrativo, com prévia investigação e o objetivo de produzir provas suficientes à propositura da ação penal. No tocante ao sistema processual penal brasileiro, não há razões para afirmar que em virtude do inquérito o sistema é misto, visto que ele é adotado na fase pré-processual e administrativa, e não no processo penal em si.

No Brasil, a Constituição Federal de 1998 assegura pelas suas características o sistema acusatório como sendo o sistema oficial no Processo Penal. Também estabelece que a ação penal pública seja promovida pelo Ministério Público, havendo a possibilidade do ofendido promover a ação privada subsidiária. Dispõe o texto constitucional que a autoridade competente para julgar é o juiz constitucionalmente constituído, ou seja, o juiz natural, mas, apesar da Constituição Federal consagrar o sistema acusatório, na prática ainda existe a influência do sistema inquisitivo na atuação do Processo Penal brasileiro (PRADO, 2001, p. 86).

Existem doutrinadores que defendem que o sistema penal brasileiro seja o misto, visto que o Código de Processo Penal, implementado em 1941, teve todo um olhar inquisitivo (NUCCI, 2010, p. 78).

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci refere:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o **misto**. Registremos, desde logo, que há **dois enfoques: o constitucional e o processual**. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). **Ocorre** que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição imantada pelos princípios democráticos (NUCCI, 2010, p. 78).

Apesar da Constituição Federal de 1988 trazer regras do sistema acusatório público, legislações infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal brasileiro, adotam em alguns de seus artigos elementos claramente relacionados com o sistema inquisitivo, demonstrando, dessa forma, o descompasso com o texto constitucional.

2 O DOGMA DA "VERDADE REAL" E A ATIVIDADE PROBATÓRIA RECONSTRUTIVA DO JUIZ

O princípio da verdade real constitui-se, como um verdadeiro dogma, embora um número considerável de doutrinadores tenha apresentado esse como sendo

orientador do Processo Penal brasileiro. Conforme os seus defensores, esse princípio cobraria uma postura mais positiva da autoridade judicial frente ao Processo Penal, diante da indisponibilidade do bem jurídico em jogo. Em busca da chamada “verdade real”, o juiz deveria se esforçar para desvendar o que realmente ocorreu no processo e não somente se contentar com as provas apresentadas pelas partes, sendo autorizada ao magistrado a produção de provas de ofício, tantas quantas forem necessárias para esclarecer a verdade dos fatos, respeitando a vedação às provas ilícitas e observando a coisa julgada (GRECO FILHO, 1998, p. 74).

Nota-se, na prática, que a jurisprudência dos Tribunais acaba por vezes se posicionando de forma a utilizar o princípio da “verdade real”, em decisões proferidas, como se vê:

[...] relativamente ao tribunal do júri, cabia ao seu presidente conduzir o feito da forma mais íntegra, sobretudo impedindo que informações inválidas, suspeitas, pudessem **atrapalhar o reconhecimento da verdade real, finalidade máxima da fase processual da *persecutio criminis*** (HC 1980/MG julgado em 03/12/2002).

Desta forma, é comum para os doutrinadores que sustentam tal princípio, realizar uma oposição ao também princípio da verdade formal, ocorrendo, assim, uma divisão da “verdade”, pois esta diferenciação está relacionada aos diferentes bens jurídicos que estão em jogo nos processos penal e civil. No Processo Civil, diferentemente do Processo Penal, os bens jurídicos são geralmente disponíveis (o que não haveria que se falar em verdade real, mas sim em verdade formal), significando que o magistrado atuante no cível deva se contentar apenas com as provas trazidas pelas partes, pautando-se na conduta de uma forma imparcial, mais passivo no processo cível que o julgador no processo penal (MIRABETE, 1998, p. 43).

A visão adotada no Processo Penal brasileiro tem o Código de Processo Penal como orientador, código esse que possui alguns dispositivos tendentes a corroborar tal orientação doutrinária (MIRABETE, 1998, p. 48).

Com efeito, o artigo 156 do CPP dispõe:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 2012).

Já o artigo 209 do CPP refere que o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. Em seu parágrafo 1º, determina que, se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Os dispositivos acima apontados deixam claro o poder que o julgador dispõe em ter a iniciativa probatória, e demonstram claramente os caminhos existentes na legislação (infraconstitucional) brasileira a fim de alcançar a dita “verdade real”. Entretanto, essa “verdade” traz à tona uma série de perigos e armadilhas, vindos a colidir com princípios constitucionais fundamentais, deturpando o andamento processual em si, além de fazer vir à tona o ultrapassado e inadmissível poder inquisitivo nas mãos do julgador. Diante disso, diversos setores da comunidade jurídica fazem duras críticas a essa orientação tradicional, parecendo claramente existir uma ingenuidade presente nos pensamentos dos que buscam alcançar a “verdade” dos fatos, como se o juiz fosse dotado de poderes sobrenaturais, capaz de vislumbrar de forma diferenciada essa “verdade” (LOPES JR, 2009, p. 66).

Nesse passo, Lopes Jr defende:

A verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real”, quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado da realidade (LOPES JR, 2009, p. 67).

Para Duclerc, a “verdade” “é nada mais do que uma tentativa de reconstrução histórica dos fatos, uma opção por uma versão que se apresenta como a mais fidedigna, a mais coerente, a mais provável” (DUCLERC, 2008, p. 383).

Resta referir a “verdade”, tão somente como verdade processual, exclusivamente jurídica, sendo ela a tentativa da reconstrução histórica dos fatos por meio dos parâmetros estabelecidos pela lei. Na verdade, a distinção quanto à “verdade real” e a verdade formal é utilizada de forma inadequada, tendo claramente uma única verdade processual, tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal, sem tentar ir à busca de algo concretamente inalcançável (LOPES JR, 2009, p. 69).

Outra questão que se discute dentro do funcionamento do Processo Penal é a prestação jurisdicional. Como vem ocorrendo, esta função está sendo deturpada, pois o juiz penal, em busca de uma “verdade real”, abandona a posição imparcial, passando a atuar como parte no referido processo, vindo a tomar uma posição de ativista judicial, formando uma ideia com relação aos fatos e conseqüentemente indo atrás da prova. Lopes Jr. defende que “no momento em que o julgador desce e caminha em busca da prova, logicamente é para condenar, e, em virtude disso, o então juiz ímpar passa a se colocar de uma forma inquisitória, ora, sua posição de *inquisidor* não condiz com as normas constitucionais e democráticas estabelecidas” (LOPES JR, 2009, p. 542).

Ainda, segundo Lopes Júnior, a ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da “verdade real”, acabou por descaracterizar o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional como base na Constituição Federal de 1998 (LOPES JR, 2008, p. 162).

Outro aspecto problemático quanto ao princípio da “verdade real” é a de tê-la como meta principal no processo penal, sendo um erro a tentativa de se obter essa verdade a todo custo, pois, antes de tudo, terá ela que ser uma verdade processualmente válida. Esse a “todo custo” pode causar irreparáveis danos ao acusado e a jurisdição, fazendo com que se torne comprometido o andamento imparcial do julgador e do Processo Penal. O julgador, nessa ótica, necessita se colocar dentro do processo, de uma forma secundária ou subsidiária, o que pressupõe que, depois de exauridos os questionamentos das partes ao réu, surgindo, ainda, alguma dúvida relevante, poderá ele questionar apenas a fim de solucioná-la, e não

deixar que esta venha a comprometer o bom andamento processual (LOPES JR, 2008, p. 234).

Importa notar, por relevante, o que dispõe o CPP:

Art 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (BRASIL, 2012).

Com isso, se observa claramente que o ideal acusatório pretendido pela Constituição Federal tem, no Processo Penal, um caminho inverso, usando um princípio claramente inquisitivo, para dar guarida a procedimentos já ultrapassados.

2.1 A ATIVIDADE RECONSTRUTIVA DA PROVA

O entendimento de que a prova é utilizada no processo com o objetivo de verificar a verdade, tendo ela a capacidade de alcançar o “espírito do julgador” gerando no juiz a legitimidade juntamente com uma “visão racional” da criminalidade acabou trazendo consigo alguns problemas de ordem psicológica que estavam em torno do conceito de verdade. Como em um sentido filosófico não era possível atingir a verdade, a prova passou a ser examinada de forma preponderante, para com isso vir a formar a convicção do julgador, com o objetivo de constatar a exatidão das partes dentro do processo penal. Com isso, tem-se a grande importância que a prova representa, pois tem ela a finalidade de formar uma convicção para o juiz, com relação à existência dos fatos, juntamente com as alegações das partes, para se chegar a uma sentença razoável (BARROS, 2012, p.123).

Dessa forma, verifica-se a importância das provas e a sua produção, pois é por meio delas que se tenta reproduzir no Processo Penal a realidade presente no fato ilícito, chegando-se a conclusão de que sem a prova, fica mais distante a realização da justiça. A prova tem por finalidade avaliar os fatos e conseqüentemente trazê-los ao processo a fim de convencer o julgador em sua decisão (BARROS, 2012, p. 125).

Apesar disto, cabe ressaltar que a busca da verdade material está presente implicitamente no Código de Processo Penal no momento em que proporciona ao julgador a liberdade do livre convencimento em relação às provas existentes, não tendo elas peso menor ou maior. Com isso, coloca-se o juiz em um lugar de liberdade e autonomia no processo de julgamento. Por outro lado, a legislação acaba limitando o julgador, não podendo o mesmo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, “ressalvadas as provas cautelares não repetíveis e antecipadas”. A questão fundamental é: Como funciona na prática regular essa limitação quanto às provas contidas no inquérito policial, e utilizadas no convencimento do julgador? (BARROS, 2012, p. 126).

Dispõe o Código de Processo Penal:

Art 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

As provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, acabam dispensando a sua reprodução sob o crivo do contraditório. Existem diversas provas que, por sua natureza própria, não permitem reprodução em Juízo. Nesses casos, embora produzidas extrajudicialmente, pode o juiz basear sua decisão com relação a essas provas existentes.

2.2 A “VERDADE REAL”?

A “verdade real” está intimamente ligada com a estrutura do sistema inquisitivo. Nesse sistema, o interesse público por muitas vezes foi utilizado como cláusula que serviu de argumento para inúmeras atrocidades, além de que, em inúmeros sistemas autoritários, se buscou uma “verdade” a qualquer custo, motivo este, inclusive, da utilização da tortura por juízes inquisidores, em diversos momentos na história da humanidade. Joseph Goebbels, ministro da propaganda nazista de Hitler, dizia “que

uma boa mentira, repetida centenas de vezes, acaba se tornando uma verdade”, e no caso do processo penal, uma “verdade real” ou substancial (LOPES JR, 2009, p. 549).

Esta “verdade real” difundida e ultrapassada, utilizada como fundamento no Processo Penal, claramente carrega consigo um substancialismo inquisitório, não admitido mais nos dias atuais, e, em nome dela, diversas decisões acabam sendo tomadas usando-a para fundamentar inúmeras decisões judiciais. O que se vê é claramente “um labirinto de subjetividade e contaminações quando se usa o termo”. Ora, a “verdade real” é algo inalcançável dentro do processo, primeiramente porque o fato ocorrido é passado e, assim sendo, fica impossível trazer uma verdade concreta sobre o que já ocorreu. Lopes Jr. refere que, “somente se tem verdadeira certeza do que realmente acontece de um fato, que agora ocorra, ou seja, no presente” (LOPES JR, 2009, p. 547).

Na lição de Lopes Jr.:

Não se trata de construir, mas de reconstruir um fato passado no presente. Basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade (muito menos real). É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real. Sem falar que a flecha do tempo é irreversível, de modo que o que foi real, num fugaz presente, nunca mais voltará a sê-lo.

Entende-se que a verdade real é termo inadequado (ou não resiste mais no moderno processo penal). Não se pode mais admitir que o Processo Penal sirva para fazer crer e determinar acima de qualquer dúvida a verdade dos fatos, e com isso acreditar que o juiz detenha um papel divino. Essa cultura foi muito útil no passado, pois era interessante que a sociedade tivesse o julgador colocado em um pedestal e acima de todos os demais, tendo os cidadãos a respeito do juiz uma imagem sagrada e inalcançável. A própria toga vestida por eles (juízes) se assemelhava às vestes dos sacerdotes da época, caracterizando uma imagem sagrada (LOPES JR, 2009, p. 549).

O certo é que a “verdade real” (material) é algo inalcançável e inacessível, mas apesar disto, monta-se uma estrutura que precisa legitimar a submissão ao poder, por meio da afirmação de que a sentença e o juiz são portadores da revelação do sagrado. Não se pode mais tolerar essa “arquitetura subjetivista dada ao julgador”, pois,

julgando de forma subjetiva, várias são as influências psicológicas sofridas pelo juiz que acabam por afetar o ato de julgar. O julgador, na sentença, constrói a sua história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válido, “dando uma demonstração inequívoca de crença, de fé”. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento (LOPES JR, 2009, p. 559).

Com isso, percebe-se que o dogma da “verdade real” contraria as características do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, não estando ele de acordo com o que estabelece a norma constitucional atual.

3 O DOGMA DA VERDADE REAL E SEU CONFRONTO COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Como estudado anteriormente, o sistema acusatório possui suas características próprias e marcantes, com o direito ao contraditório, à ampla defesa, tendo o processo forma oral e pública. Neste sistema acusatório, claramente se vê um funcionamento de partes apresentadas de forma bem distintas no Processo Penal, com a separação das funções, onde cada sujeito processual dispõe de apenas uma função, ou seja: ao acusador atribui-se a função de acusar, ao defensor a tarefa de defender, e ao juiz cabe claramente somente a função de julgar, tendo, assim, a preservação por parte do magistrado da isenção e também da imparcialidade (LOPES JR, 2009, p. 560).

Sabe-se que o sistema inquisitivo não possui certas características inerentes ao sistema acusatório, tendo no inquisitorialismo, um sistema claramente absolutista e antidemocrático, marcado por um julgador a quem é atribuída a função de formular a acusação e ao mesmo tempo requerer as provas, caracterizando, assim, uma relação processual caracterizada como “linear” entre o juiz e o réu (FERRAJOLI, 2002, p. 73).

Esta busca da “verdade real”, como se observa, está intimamente ligada a um sistema inquisitivo. Dentro deste entendimento, então, como admiti-la em um sistema processual acusatório? Claramente encontra-se uma incompatibilidade deste dogma com o sistema encontrado na legislação maior, deixando claro que a prática da busca

dessa verdade não compactua com o sistema aqui encontrado (LOPES JR, 2009, p. 552).

Nesse particular, Lênio Streck afirma:

Adiciona-se ao sistema inquisitório uma boa dose de discricionariedade – fruto do sujeito solipsista da modernidade – e teremos, apesar da Constituição democrática e dos avanços *ad hoc* (“regionais”, no sentido filosófico da palavra), um *direito processual penal ainda autoritário*. E, ao que parece, é para isso que queremos reformá-lo. Vamos, pois, a isso! (STRECK, 2010, p. 14).

Portanto, sistema acusatório e “verdade real” não poderiam circular no mesmo espaço, pois entre eles existem diferenças consideráveis. O dogma da “verdade real” está intimamente ligado ao sistema inquisitivo, se mostrando controverso quando trabalhado juntamente com um sistema considerado acusatório, como é o brasileiro.

3.1 A VERDADE PROCESSUAL AFIRMADA PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GARANTISTAS

A partir das decisões judiciais, o juiz representa a efetivação do *Jus Puniendi* estatal, e para que este não ocorra de maneira ofensiva à sociedade, esta deve sempre estar cercada por garantias fundamentais para a existência de um Processo Penal dentro do Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2002, p.15).

Conforme Luigi Ferrajoli, a existência de um *cognitivismo processual*, presente na verdade formal, é de maior valia em relação à “verdade real”, onde há sempre o risco do *decisionismo*, pois a busca pela verdade jamais será completa, e o que ocorreu de fato no momento da prática delituosa é de total conhecimento apenas dos próprios autores do fato. Devido a isto, o juiz acaba por exercer a função de juntar as provas apresentadas pelas partes, e, conseqüentemente, realizar um procedimento que corre grande risco de ser subjetivo ao julgar os fatos praticados (FERRAJOLI, 2002, p. 189).

Nesse sentido, ensina Luigi Ferrajoli:

O julgamento com base nas provas encontradas dentro do processo ocorrerá, com ou sem a verdade real, sendo analisadas as provas apresentadas, e em alguns casos diligenciada a busca por novas, porém, sempre julgando com base no

conhecimento adquirido através delas, que jamais será a verdade real, caindo novamente na verdade formal (FERRAJOLI, 2002, p. 78).

Por muitas das vezes, o juiz, na busca pela “verdade real”, acaba por deixar que a moral influencie em suas decisões, o que não deveria ocorrer, pois, por mais que o direito e a moral se complementem, o momento ideal para que isso ocorra é na criação das normas, e jamais em sua efetiva aplicação. Os critérios subjetivos do magistrado como valores éticos, religiosos e morais, devem ser postos de lado, para evitar que a decisão seja contaminada por eles (CALAMANDREI, 2011, p. 173).

A motivação esperada pelo julgador no processo, e, para sanar seu estado de dúvida, deverá ser encontrada com a existência de fatos concretos que possam justificar e fundamentar a aplicação da norma penal, lembrando que esta norma é sempre subsidiária, e, com isto, deve-se respeitar a necessidade de sua aplicação além dos princípios da “proporcionalidade, razoabilidade e indispensabilidade” dos instrumentos utilizados, estando presentes neste contexto as garantias fundamentais (CALAMANDREI, 2011, p. 150).

Luigi Ferrajoli critica quando diz que “se uma justiça penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade”. Segundo o autor, julgar buscando a “verdade real” no processo seria como um “silogismo perfeito” que com base nas premissas analisadas, o resultado é sempre certo. Conforme o autor tal silogismo nunca existiu e jamais virá a existir, sendo este um dos principais motivos pelo qual o autor critica a utilização do termo “verdade”, dentro do sistema processual penal (FERRAJOLI, 2002, p. 41).

Apontam-se vários fatores que limitam a eficácia na verdade real, sendo o principal deles, e considerado o mais preocupante, a “subjetividade específica do conhecimento judicial”, que vem a ser a personalidade do magistrado, pois, ainda que este tente com muito esforço ser objetivo, estará sempre ligado ao meio em que vive, e jamais deixará de ser afetado por ele e “suas inclinações”. Em se tratando de interferências involuntárias, a reconstrução dos fatos estará sempre destinada a um exame final e subjetivo, onde a interpretação dos fatos pode ser realizada com

descuido, pendendo para um lado ou para outro, em decorrência da excessiva valoração de determinadas provas, e não de outras (FERRAJOLI, 2002, p. 57).

Luigi Ferrajoli explica:

O respeito devido aos princípios constitucionais não se deve simplesmente ao fato de estarem intrinsecamente ligados à história do direito brasileiro, mas, claramente devido ao fato de constituírem a estrutura de todo o ordenamento, por servirem como base da criação e aplicação da norma penal. O garantismo representa um marco dentro do estudo da ciência penal e processual penal. Ele está ligado aos princípios como uma árvore está ligada a suas raízes (FERRAJOLI, 2002, p. 66).

Estes princípios não devem ser desrespeitados, garantindo, assim, todo um sistema rico em preocupações com os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. As provas são os fatores mais importantes no procedimento judiciário, pois elas são a motivações da condenação de alguém. Cabe ao juiz analisá-las, tomando sempre a cautela de não valorá-la subjetivamente, pois desta maneira estaria o magistrado correndo o risco de favorecer mais a um lado, perdendo, assim, a característica conhecida da balança do direito (FERRAJOLI, 2002, p. 67).

Portanto, se de um lado existe a liberdade de analisar as provas, na busca pela verdade processual, do outro lado estão os princípios e garantias de que esta análise não pode ser realizada fora de compasso com o que ordena o Estado Democrático de Direito, alcançando, assim, o Estado de mínima intervenção penal, com as máximas garantias, e mantendo o equilíbrio entre o “saber” e o “poder”.

3.2 A IMPOSSIBILIDADE DO JUIZ DE PARTICIPAR ATIVAMENTE PRODUZINDO PROVAS DE OFÍCIO

Há algum tempo doutrinadores vinham alertando para a necessidade do legislador brasileiro regulamentar o incidente de produção antecipada de provas no Processo Penal. A produção antecipada de provas, segundo Lopes Jr, era considerada “uma ilustre desconhecida para o processo brasileiro” (LOPES JR, 2009, p. 115).

Parte da doutrina entendia de que o julgador, ao produzir provas de ofício, estaria agindo como um gestor dessas provas e, conseqüentemente, “desmoronando o sistema acusatório contido em nossa Constituição”. Conforme juristas e críticos, desta autorização dada ao juiz, o julgador passaria a ser um inquisidor, pois a sua imparcialidade (característica do julgador) estaria comprometida com a sua atitude de agir por conta, no aspecto probatório. Nesse particular, os Tribunais Superiores ratificavam a autorização de o juiz agir de ofício na produção dessas provas, o que estava fazendo com que grandes descontentamentos surgissem por partes dos críticos a estas posturas dos julgadores (MATIAS, 2013, p. 03).

A Constituição da República determina que, ao julgar, o juiz deva estar “acima e equidistante das partes”, e o fato de que o julgador, ao determinar alguma prova, estará “usurpando” o papel de uma delas, quer seja a acusação quer seja a defesa. Logicamente, por lesionar não apenas uma simples regra de direito material, mas a maior de todas, ou seja, a Constituição Federal, que deveria servir de norte a toda aplicação do direito positivo, fica clara a inconstitucionalidade e ilegalidade da prova colhida *ex officio* pelo magistrado. Com relação à defesa, entende-se que se poderia admitir a prova colhida *ex officio* desde que favorável ao réu, pois, como outras provas ilícitas, existe o entendimento de que são admissíveis para o benefício da defesa e não para prejudicá-la (CAPEZ, Fernando, 2009, p. 112).

Com isso, chega-se à conclusão da impossibilidade do juiz requerer diligências probatórias *ex officio* e da inconstitucionalidade do artigo 156 do CPP, por não estar em consonância com o ordenamento constitucional (DA ROSA FERREIRA, 2010, p. 10).

Diante disso, afirma-se que o juiz fica impossibilitado de determinar a produção de provas de ofício, pois segundo o sistema acusatório existe a divisão entre as funções de julgar, defender e acusar. A função do julgador é claramente a de valorar as provas colhidas e apresentadas pelas partes, mantendo-se “equidistante”, pois às partes é que cabe o ônus da prova e não ao julgador. Com a Lei 11.690/2008, ocorreram algumas modificações, também quanto ao procedimento na inquirição de testemunhas. Com a modificação da redação do artigo 212 do CPP, o que realmente

mudou foi a possibilidade das partes realizarem perguntas diretamente às testemunhas, sendo que o juiz deve realizá-las por primeiro (DA ROSA FERREIRA, 2010, p. 11).

Fernando Capez entende que a inobservância da prerrogativa das partes realizarem a inquirição diretamente das testemunhas “constituiu mera irregularidade, face de ausência de prejuízo” (CAPEZ, 2003, p. 121).

José Barcelos de Souza, por sua vez, se posiciona pela defesa do sistema, afirmando que esse sistema garante um ambiente saudável para a realização da instrução, ainda, que as partes, com o uso da oratória, possam induzir positiva ou negativamente, as respostas das testemunhas (SOUSA, 2008, p.14).

Manifesta-se em sentido contrário, Nereu Giacomolli, que entende:

A formulação de perguntas pelo magistrado, antes das partes, ultrapassa a mera irregularidade da forma em que é realizada a inquirição, pois o defeito atinge uma formalidade essencial, por não ter sido observado o devido processo legal, no plano formal (ordem de inquirição) e material (vício substancial, por ofensa ao contraditório e a distribuição das funções entre os sujeitos processuais) (GIACOMOLLI, 2009, p. 02).

A inversão das perguntas ou a inquirição inicial do magistrado invalidam o depoimento e vedam a sua utilização no processo, pois a “inutilizabilidade” é uma forma de invalidade dos atos processuais (BARROS, 2012, p. 193).

A utilização dos depoimentos defeituosos, no julgamento, acaba por contaminar o *decisum*, o qual há de ser desconstituído e, em cada caso penal, há de ser verificado “o desdobramento causal do ato viciado”, nos seguintes atos processuais, pois poderá haver contaminação dos atos processuais subsequentes. O veredicto condenatório que utiliza tais depoimentos não produz efeitos e, conseqüentemente, acaba sendo ineficaz (LOPES JR, 2008, p. 295).

CONCLUSÃO

A questão discutida do princípio da “verdade real” coloca em pauta a inobservância de uma norma infraconstitucional frente ao que a Constituição Federal

determina, colocando em dúvida a pirâmide de Kelsen e a orientação da Carta Magna sobre as demais legislações, pois se tem um Código de Processo Penal com heranças inquisitivas contrapostas a uma Constituição com orientação acusatória.

Dessa forma, o Código de Processo Penal passa a estar contaminado pela crença na “verdade real”, onde se tem o inquisitivo vivo e latente, podendo causar, com isso, decisões inadequadas e comprometidas com um sistema acusatório. Urgentemente, surge a necessidade de estabelecer definitivamente o que a Constituição Federal determina, não podendo o Processo Penal estar refém de um princípio histórico, mas já ultrapassado, como o da “verdade real”. “A roupa inquisitiva deve ser despida por completo”, tornando a legislação infraconstitucional plenamente de acordo com o que sintetiza a Constituição Federal brasileira.

Muito se fez para se chegar a esta moderna legislação, com princípios humanistas e garantistas, dentro de uma visão caracterizada pelos procedimentos acusatórios assegurados, mas uma réstia inquisitiva que acabou por ultrapassar os filtros constitucionais legislativos e judiciários, decorrentes de uma crença já ultrapassada, insistente em permanecer no atual Processo Penal, “fazendo com que o corpo não esteja totalmente curado, e sim, em parte contaminado”.

Com o estudo realizado, conclui-se que o princípio da verdade real não pode continuar sendo o objetivo do Processo Penal, não mais se pode admitir uma busca cega e ingênua dessa dita verdade, por parte dos julgadores, e nem a sua fundamentação em decisões proferidas. Cabe à difusão quanto a esse dogma entre os juristas e doutrinadores, para que de uma vez por todas se enterre esse entendimento erroneamente difundido por muito tempo nas academias.

Atualmente esse dogma encontra por parte de muitos operadores do Direito o descrédito, mas ainda se vê a fundamentação com esse já ultrapassado princípio em diversas decisões de juízes em várias partes do Brasil e em todas as esferas.

Espera-se, portanto, que o Código de Processo Penal brasileiro entre em consonância com a Constituição Federal de 1988, dispondo de artigos em que o perfil acusatório esteja presente em seu todo e não em partes, como atualmente se encontra. A Constituição Federal tem que estar respeitada pelas demais normas

infraconstitucionais existentes, não se podendo admitir em hipótese alguma, situação contrária ao texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio. *A busca da Verdade no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Petrópolis, Vozes, 1987.

BRASIL. *Código de Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUCLERC, E. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Leandro da Rosa. *Poderes Instrutórios do Juiz Frente às leis 11.690, de 09 de Junho de 2008, e 11.689, de 09 de Junho de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José; Cristina Carla. Nova metodologia de inquirição das testemunhas e consequências de sua inobservância. *Boletim IBBCRIM*. São Paulo, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.metajus.com.br/texto-nacional20.html>>. Acesso em: 28 Mai. 2013.

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V.1. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V.1. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

MATIAS, Flávio Pereira da Costa. *O princípio da imparcialidade do juiz penal como decorrência da adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3370, 22 set. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2265>>. Acesso em: 28 Mar. 2013.

MIRABETE, Júlio Fabrine. *Processo Penal*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUSA, José Barcelos de. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas; identidade física do juiz. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 16, n. 188, pp. 14-15, jul. 2008. Disponível em: <http://ibccrim.com/site/boletim/exibir_artigos.php?id=3686>. Acesso em: 11 Nov. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Revista dos Tribunais*. Sístoles e Diástoles em torno do Sistema Acusatório: O “Novo” Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo. Abr/ Jun, São Paulo, 2010.

VASCONCELOS, Ana Maria Campos de. *Prova no Processo Penal: Justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

Recebido em: 11/05/2017

Aceito em: 01/07/2017